

EL DERECHO Y LA CRISIS DE LA LEY

Luis Martínez Roldán

Universidad de Oviedo

1. EL IMPERIO DE LA LEY



UNA de las características más importantes del Estado de Derecho es, sin duda alguna, el imperio de la ley. Según Elías Díaz «el imperio de la ley constituye la nota primaria y fundamental del Estado de Derecho»¹. La supremacía del principio de legalidad y, en consecuencia, el sometimiento de todos –comenzando por el Poder– a lo dispuesto en la ley. Este es el mensaje central de todo el Movimiento Ilustrado. La ley tendrá toda una serie de notas o características propias del Derecho como punto máximo de referencia indiscutible y al que se someten todos los individuos e instituciones de una comunidad.

¹ E. DÍAZ, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1966, p. 18.

En este sentido, la ley como máxima expresión de lo jurídico terminará siendo emanación de la voluntad más que producto de la razón (*autoritas non veritas facit legem*). En la ley parecen congeniarse dos aspectos: uno volitivo y otro racional. Pero lo que hace a la ley ser ley es el elemento volitivo, por eso terminará siendo fruto de la voluntad soberana y autárquica, en cuanto tiene que ser superior y más fuerte que cualquier otro individuo o institución para poder imponerse con carácter general.

Las notas o características de la ley son todas ellas derivadas del hecho de que es un mandato al que se someten todos, comenzando por el poder o voluntad que ha dado origen a esa ley. Y los fines valiosos que todos los ciudadanos logran sometándose a la ley son consecuencia de la existencia de esa ley y de las características de esa ley. Por eso esa ley ha de ser general, ha de estar técnicamente bien hecha, ha de ser clara, etc. Y todo ello para que pueda conseguir esa seguridad, ese orden, esa paz, etc.

Todo esto choca de frente con la doctrina mantenida, a finales del siglo xx, por todo el movimiento que podríamos denominar neoconstitucionalista, que parece que contrapone la ley al Derecho. Se pretende que el Derecho sea más producto de la razón que de la voluntad. Y si la ley no es producto de la razón debe decaer siempre en aras del Derecho que es otra cosa distinta y superior a ella. La ley no es todo el Derecho y a veces la ley va en contra del Derecho, por eso no debe ser aplicada. Se interpreta de forma completamente diferente el principio de legalidad y se sitúa y se busca al Derecho en la Constitución. La Constitución, se dice, recoge una serie de principios y de valores superiores, que son expresión de la moralidad mayoritariamente aceptada en un ámbito cultural y en un momento histórico determinado, y que condicionan el desarrollo y la aplicación de todo el ordenamiento jurídico.

Este es el cambio profundo que se ha producido en la forma de entender el Derecho, y que, a mi modo de ver, diluye el Derecho en unas esferas de abstracción, de racionalidad y de justicia, que hacen que el Derecho desaparezca en aras de una moralidad, más propia del Derecho natural. Bien es cierto que se insiste en que esa moralidad es la mayoritariamente aceptada en un momento histórico determinado, pero esa historicidad no anula esas pretensiones iusnaturalistas ².

² Vid. M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *Derecho Natural e Historia en el pensamiento europeo contemporáneo*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973.



La Constitución es dada por el pueblo o por sus representantes y el Gobierno debe ceñir su amplia y compleja labor a lo dispuesto por la Constitución. Dice Thomas Paine que «una Constitución es algo que antecede a un Gobierno, y el Gobierno no es sino la criatura de la Constitución. La Constitución de un país no es obra de su Gobierno, sino del pueblo al constituir un Gobierno... Así, pues, una Constitución es al Gobierno lo que las leyes hechas posteriormente por ese Gobierno son a los tribunales encargados de aplicarlas. Éstos no hacen las leyes ni pueden alterarlas; sólo actúan de conformidad con las leyes y del mismo modo el Gobierno debe gobernarse por la Constitución»³.

En nuestro caso, sin lugar a dudas, ha sido el pueblo el que, después de muchos años de dictadura, se ha dado un régimen jurídico-político presidido por una serie de principios y de valores en los que desea vivir y a los que no está dispuesto a renunciar.

Este proceso de cambio se ha hecho con un nivel de consenso amplísimo y, aunque bien es cierto que llegar a ese consenso costó mucho tiempo y esfuerzo, creemos que mereció la pena. Durante dieciocho largos meses se sucedieron las discusiones, manifestando las discrepancias entre las distintas fuerzas de la izquierda, de la derecha, del centro y de los nacionalistas —todas ellas debidamente representadas en la Comisión Constituyente—. Pero aunque las discrepancias eran muchas y fuertes, era mayor aún la voluntad de llegar a un punto de encuentro para superar la etapa anterior. Estas discusiones perjudicaron la claridad e incluso la corrección gramatical del texto constitucional, pues en muchos casos hubo que llegar a lo que Herrero de Miñón ha llamado «compromisos apócrifos» que pretendían satisfacer un cúmulo de exigencias contradictorias. Pero finalmente se consigue, como ha declarado nuestro Tribunal Constitucional, que «la Constitución sea un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de diferente signo»⁴.

³ Así se manifestaba este gran defensor de los derechos humanos, que dedicaba su libro a Jorge Washington diciendo: «Presidente de los Estados Unidos de América. Señor: Tengo el gusto de ofrecerles un pequeño Tratado en defensa de aquellos Principios de libertad que vuestra ejemplar Virtud ha contribuido de manera tan evidente a establecer: Que los Derechos del Hombre lleguen a ser tan universales como vuestra Benevolencia pueda desear y que disfrutéis de la felicidad de ver al Nuevo Mundo regenerando al Viejo, es la plegaria. Señor, de vuestro muy obligado y obediente y humilde servidor». T. PAINE, *Los Derechos del hombre*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, en la dedicatoria y en la p. 64.

⁴ STC 11/1981, de 8 de abril.

Estos valores o principios son los valores de la libertad, de la justicia, de la igualdad y del pluralismo político. Éstos son los valores que propugna un Estado social y democrático de Derecho, que es en lo que España se constituye. Estos valores los consideramos tan fundamentales que los colocamos en un lugar bien visible y destacado, en el frontispicio, en la fachada del edificio constitucional, en el artículo 1.1 de la Constitución.

A estos valores superiores del ordenamiento jurídico les añadimos una serie de principios jurídicos, tales como el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la seguridad, etc., que también los colocamos en un lugar notorio y relevante, en el hall del edificio, en el artículo 9.3.

Y todo ello lo redondeamos con una gran sala –el capítulo II del título primero– donde se recogen, se protegen y se garantizan los Derechos Fundamentales de la persona, que son –y así lo dice el texto– el fundamento del orden político y de la paz social, precisamente porque son exigencias de una justicia objetiva e ineludible.

Este es el núcleo duro de nuestra Constitución, que no es negociable en ningún caso porque, según la Declaración Francesa de 1789, en sus artículos 3, 6 y 16, la sociedad que no tiene estas garantías aseguradas carece de Constitución, e incluso carece de lo más elemental de un Estado de Derecho, y España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho.

A continuación, en el texto constitucional se regulan otra serie de cuestiones más discutibles y no tan trascendentes, pero cuya interpretación debemos hacer siempre en función de una ponderación de esos principios y de esos valores recogidos en ese núcleo duro. Esta es la razón por la que en muchos casos se ha venido hablando de inconstitucionalidad de algunos preceptos recogidos en la propia Constitución. Pretendiendo expresar con ello la no sintonía de alguno de estos preceptos con esa serie de principios y valores que conforman lo que hemos venido llamando el núcleo duro de nuestra Constitución.

Esta es nuestra norma fundamental, que sustenta y es la base de todo nuestro ordenamiento jurídico. A él debemos someternos todos de acuerdo con el principio de legalidad consagrado en nuestra Constitución, y, por supuesto, a él debe someterse el poder judicial. El artículo 117 de la CE dice que «la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del poder judicial, independientes,



inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley». Estoy de acuerdo con Ángel Garrorena cuando indica –refiriéndose a nuestro texto constitucional– que «consagrar la vinculación positiva del juez a la ley no ha requerido más esfuerzo en esta oportunidad constituyente que el de prolongar una tradición indiscutida e inveterada... la plena subordinación del juez a la ley es probablemente la más vieja conquista del principio de legalidad»⁵. Éste ha sido el resultado de un proceso histórico de lucha dirigido a conseguir la legalidad de la actuación judicial. Proceso que se inicia con la Carta Magna inglesa y que, corriendo el tiempo, desemboca de alguna forma en la convicción extrema, y sin duda errada e ideológica, de Montesquieu o de Beccaria⁶, que entienden al juez como la boca destinada única y exclusivamente a pronunciar las palabras de la ley. Se parte de que las leyes son siempre razonables, justas, claras y fáciles de conocer (en caso contrario lo que hay que hacer, como diría Voltaire, es quemarlas y hacer otras leyes nuevas), bien porque son manifestación de la voluntad general –tal como la entiende Rousseau–, o bien porque son manifestación exclusiva de la razón natural o de una razón transcendental. Sólo dentro de este contexto, y partiendo de esta hipótesis, tiene sentido decir que «no hay cosa más peligrosa que aquel axioma de que es necesario comentar el espíritu de la ley»; «que los jueces deben ser los primeros esclavos de la ley y no los árbitros»; que la libertad consiste en depender tan sólo de la ley»; o que «la aplicación del Derecho se concreta en un mero proceso lógico-deductivo, ya que el juez ha de hacer un silogismo perfecto en el que la ley sería la premisa mayor, el supuesto de hecho la premisa menor y la consecuencia la libertad o la pena»⁷, etc.

Hoy día se está muy lejos de ese planteamiento, y se piensa que la labor judicial tiene una mayor complejidad. Se entiende que es función del juez el valorar los distintos aspectos y matices del supuesto de hecho, y que

⁵ A. GARRORENA MORALES, *El lugar de la ley en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p. 74.

⁶ «En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Póngase como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de lo que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre» (C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Alianza, Madrid, 1982, p. 31).

⁷ Vid. C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit. sobre todo la p. 31. Y también a MONTESQUIEU, *El Espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1972, que en su p. 156 dice: «Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes».

debe interpretar la norma jurídica en función de ese supuesto de hecho debidamente valorado.

Los clásicos principios antes mencionados, hoy día son totalmente rechazados, en el ámbito judicial y más aún en el ámbito doctrinal, entre otras razones porque son en sí mismos ideológicos y arrancan de unos presupuestos también ideológicos o falsos. En este sentido se defiende, sobre todo por parte de los filósofos del Derecho, el carácter creativo de la decisión judicial.

Pero hoy día, independientemente de las distintas maneras de entender el acto de aplicación del Derecho, nadie discute ni ha discutido el sometimiento del poder, y en concreto del poder judicial, a las leyes. Nadie se cuestiona el principio de legalidad como uno de los pilares básicos en los que ha de sustentarse todo Estado de Derecho. El papel que juega la judicatura en la aplicación del Derecho requiere que sea explicado, puntualizado, matizado, pero nunca se ha discutido ni se discute el sometimiento pleno a la ley.

Pues bien, nuestra Constitución, siguiendo esa tradición, indiscutida e inveterada que antes recordábamos con Ángel Garrorena, de sometimiento y subordinación del juez a la ley, señala efectivamente en su artículo 117 que la justicia se administra por jueces y magistrados sometidos únicamente al imperio de la ley.

Con ello se logra realizar uno de los principales principios de nuestro ordenamiento: la seguridad. Este principio viene recogido en el preámbulo de nuestra Constitución, cuando dice: «la Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la *seguridad* y promover el bien de cuantos la integran...».

Nuestro Tribunal Constitucional entiende este principio de seguridad, tal como se especifica en el preámbulo, como «un principio general inspirador de todo el ordenamiento jurídico»⁸.

Para nuestro Tribunal Constitucional, nuestra Constitución efectivamente está haciendo referencia a la seguridad jurídica entendida en cuanto *principio general inspirador del ordenamiento*. Y este principio se alcanza y se realiza al realizar y conseguir los demás valores y al conseguir la convivencia democrática, mediante la protección de los Derechos Humanos, económicos y sociales y, en definitiva, mediante la consolidación del Estado de Derecho.

⁸ Vid. los autos del Tribunal Constitucional de 5 de junio de 1985 y de 28 de noviembre de 1984, en los que desestima el recurso de amparo que el recurrente solicitaba y donde habla de la seguridad como «principio general inspirador de todo el ordenamiento jurídico».

Es lo que algunos autores, como Elías Díaz ⁹, han llamado «seguridad en cuanto legitimidad». Aludiendo así con el termino seguridad a un contenido valorativo, a un contenido de justicia expresado en términos de derechos y libertades, que la conciencia humana e histórica considera que han de estar suficientemente protegidos y realizados a la altura del tiempo en que se vive ¹⁰.

Con ese sometimiento a la legalidad también se consigue *la seguridad personal o seguridad colectiva* a la que nuestra Constitución se refiere en el artículo 17.1 ¹¹. Éste es uno de los valores reclamados y exigidos en primer lugar al Derecho, pues como dice Recasens Siches ¹² el Derecho «no ha nacido a la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para colmar una ineludible exigencia de seguridad. La pregunta de por qué y para qué hacen derecho los humanos no la encontramos contestada en la estructura de la idea de justicia, ni en el séquito de egregios valores que la acompañan, sino en un valor subordinado –la seguridad– correspondiente a una necesidad humana».

Para la mayoría de los autores, sobre todo para los defensores de las doctrinas contractualistas, esta seguridad es la única razón de obediencia al Derecho. Si el Derecho no me proporciona esa seguridad en cuanto protección personal no hay ninguna razón para que yo le siga obedeciendo. Hobbes nos dice que «la misión del soberano (ya sea un monarca o una asamblea) consiste en el fin para el que le fue encomendado el Poder Soberano, esto es, el procurar la seguridad del pueblo, a lo que está obligado por ley de la naturaleza, y de lo que tiene que rendir cuentas a Dios, autor de la ley, y a nadie más» ¹³.

⁹ E. DIAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1974, p. 46.

¹⁰ Este concepto de seguridad sería similar al concepto de justicia tal como lo entiende J. M.^a Vilanova (de la corriente egológica del Derecho de Carlos Cossio), quien nos expone un plexo axiológico compuesto por distintos valores, que representa en una circunferencia, relacionados entre sí (distingue valores fundados y valores fundantes) y situando como centro radial a la justicia, que por sí sólo no sería nada, pero que se concreta y se realiza en los demás valores: una paz justa, un orden justo, una seguridad justa, etc. Cfr. J. M.^a Vilanova, *Filosofía del Derecho*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1973, en concreto las pp. 260-261.

¹¹ De acuerdo con nuestro Tribunal Constitucional en sentencia de 16 de junio de 1982.

¹² L. RECASSENS SICHES, *Vida humana, sociedad y Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1945, p. 209.

¹³ T. HOBBS, *Leviatan*, Editora Nacional, Madrid, 1979, pp. 227-228. Beccaria señala que «las leyes son las condiciones con que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad». Cesare BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Alianza, Madrid, 1982, p. 27.

Esta seguridad jurídica, en cuanto *seguridad personal* deriva de la existencia de un *orden público*, que aunque no es sinónimo de justicia, sí es *conditio sine qua non* para poder desarrollar la justicia en su plenitud y los distintos valores que en ella se encuentran.

Pero sobre todo se consigue la seguridad jurídica en cuanto certeza y conocimiento de la legalidad, que viene garantizada por la Constitución en su artículo 9.3. Junto con el principio de legalidad, el de jerarquía normativa, el de la publicidad de las normas, el de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, y, tal vez como consecuencia globalizadora de todos ellos, la Constitución protege la seguridad jurídica. Esta seguridad, según el Tribunal Constitucional ¹⁴, consagra la *certidumbre del ordenamiento jurídico*, y por lo tanto la certidumbre de las consecuencias jurídicas que se pueden derivar de una determinada actuación. Y también consagra, con todas las matizaciones que se quiera, la previsibilidad de la decisión judicial.

Esta seguridad, en cuanto conocimiento y certeza de la legalidad exige que esa legalidad tenga una serie de requisitos sin los cuales es imposible llegar a conseguirla:

Se exige que esa legalidad sea pública, que técnicamente esté bien hecha, que sea clara, que sea precisa, etc. El artículo 2.1 del CC dice expresamente que «las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, si en ellas no se dispone otra cosa». Se exige la publicación, y, en circunstancias normales, también se exige una *vacatio legis* de veinte días, que también puede ayudar a este conocimiento.

Asimismo esa seguridad pide la positividad del Derecho. Todo Derecho (el derecho natural) que no esté de alguna forma positivizado reporta siempre inseguridad y falta de certeza. Radbruch contrapone lo incierto del concepto de justicia frente a la certeza de lo jurídico, e indica que «la seguridad jurídica exige positividad del Derecho: si no puede fijarse lo que es justo, hay que establecer lo que debe ser jurídico, y eso sí, por una magistratura que esté en situación de hacer cumplir lo establecido» ¹⁵. Henkel señala que «el acto de la positivización del Derecho en las normas esta-

¹⁴ Auto de 27 de abril de 1983, en su fundamento jurídico 2.º; auto de 26 de octubre de 1983, fundamento jurídico 1.º, y sentencia de 21 de mayo de 1984, fundamento jurídico 5.º

¹⁵ G. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 96.

blecidas satisface ya una exigencia de la seguridad jurídica»¹⁶. Efectivamente, ésta ha sido una de las ideas básicas de toda la corriente positivista, que, según A. Ollero, «precisa la positividad jurídica para poder contar con ese objetivo consistente, netamente delimitado, capaz de satisfacer sus ansias de certeza»¹⁷.

Esta seguridad también exige la «no arbitrariedad», en cuanto que ésta presupone un sistema de legalidad que no se respeta, es decir, implica la negación del Derecho en cuanto legalidad. Asimismo se requiere la «no retroactividad»¹⁸, y alguna cláusula más, aunque aparentemente parezca contradictoria, como el artículo 6.1 del CC, que dice que «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento», pues estoy de acuerdo con Legaz Lacambra cuando dice que «el sentido jurídico de este precepto es cabalmente una afirmación de la idea de seguridad: la vida jurídica sería un caos si la entrada en vigor de la sanción prevista en una norma se hiciese depender del conocimiento que de la misma alegase su infractor y desaparecería todo resto de orden jurídico si nadie tuviese la posibilidad de una certeza sobre su situación, desde el momento que la existencia de las normas reguladoras de la misma se la hiciese depender de un factor tan movedizo»¹⁹.

Éstos son los conceptos a los que hace mención Pérez Luño²⁰ al referirse a la *lege promulgata*, *lege manifesta*, *lege plena*, *lege stricta*, *lege previa* y *lege perpetua*, como requisitos de la seguridad en cuanto certeza.

2. LA CRISIS DE LA LEY

Sin embargo, hoy día –y a ello ha contribuido de manera determinante y fundamental todo el pensamiento neoconstitucionalista– asistimos a una

¹⁶ H. HENKEL, *Introducción a la filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1968, p. 546.

¹⁷ A. OLLERO, «Positividad jurídica e historicidad del Derecho», A.F.D., t. II, Madrid, 1985, p. 285.

¹⁸ La retroactividad sería el mayor atentado a la seguridad en general y en concreto a la seguridad en cuanto certeza. El artículo 9.3 de la Constitución y también el artículo 2.3 del CC nos garantizan la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

¹⁹ L. LEGAZ LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 617.

²⁰ A. E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991, especialmente en las pp. 22 y ss.

crisis de la ley («La crisi della legge» que diría Carnelutti ²¹). A esta crisis ha contribuido, entre otras posibles razones, la importancia y la primacía de la Constitución y también la aparición y el aumento de la fuerza normativa de los principios. Esta crisis de la ley genera una clara desconfianza en la misma, y como consecuencia se produce un intento de aniquilarla y pulverizarla. Dice Otto Bachof que: «¡La relación del hombre con la ley ha cambiado totalmente! Esto se ha marcado actualmente a través de un sentimiento muy generalizado de profundo malestar y aun de radical desconfianza; de una desconfianza que, salvo para una minoría, no se basa verdaderamente en un conocimiento racional de las causas, sino en la impresión dominante, imprecisa, pero no por ello falsa, de que la ley, en otro tiempo escudo de la libertad y del Derecho, se ha convertido hoy precisamente en una amenaza para estos bienes» ²².

Zagrebel'sky ²³ sigue esta misma tónica cuando señala «que la ley ya no es la expresión pacífica de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final, sino la continuación de un conflicto; no es aún acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables, es decir, si se quiere, constitucionales del ordenamiento. Es, por el contrario, un acto personalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persigue intereses particulares». Se pretende inmolarse la ley y lo más curioso es que se pretende inmolarse en el altar del Derecho. Sin embargo, el principio de legalidad no se cuestiona, aunque lógicamente se interpreta de forma distinta.

De acuerdo con Otto Bachof, en el Estado social de Derecho la ley ha pasado a un primer plano como un acto de conformación o de dirección política, negociada a menudo dentro del conflicto de grupos contrapuestos de intereses, y condicionada por el momento y la situación concreta ²⁴.

²¹ Expresión a la que hace referencia L. HIERRO en *Estado de Derecho*, Distribuciones Fontamara, S.A., Mexico, DF, 2001, p. 27, recogiendo a su vez de la nota 26 del trabajo de L. PRIETO SANCHÍS «El Ordenamiento jurídico en la Constitución», que figura en la obra de G. PECES-BARBA, *La Constitución Española de 1978. Un estudio de Derecho y política*, Fernando Torres, Valencia, 1981, pp. 93-156.

²² O. BACHOF, *Jueces y Constitución*, Taurus, Madrid, 1963, p. 38.

²³ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, Editorial Trota, Madrid, 1995, p. 38.

²⁴ Vid. O. BACHOF, *Jueces y Constitución*, cit., p. 41 y ss.

La ley más que garantía de estabilidad es causa abierta de inestabilidad, porque parece que no obedece a criterios racionales y objetivos, sino que es instrumento de voluntades interesadas. Y por otra parte, se dice también, que la ley recoge conceptos jurídicos indeterminados y pautas generales de actuación que requieren siempre de una interpretación, que sea capaz de salvar la distancia entre la generalidad y abstracción del precepto y las concretas particularidades del caso singular. Se parte, pues, de la textura abierta del Derecho, de la que nos habla Hart²⁵, y se subraya que toda interpretación comporta siempre un aspecto valorativo que inevitablemente conlleva una intromisión de aspectos subjetivos del operador jurídico, en nuestro caso, del juez, que es quien, como diría Kelsen, realiza la interpretación auténtica, en cuanto que es la que va a convertir en sentencia y en definitiva en norma de obligado cumplimiento.

Esto último parece que es defendido desde una postura realista y que lo contrario solamente es defendible desde posturas ideológicas e interesadas. Pero lo que parece claro es que se ha ido formando una clara desconfianza hacia la ley, que no es menor que la desconfianza que se tenía al poder judicial en el siglo XVIII, y que comentábamos anteriormente al analizar el pensamiento de Montesquieu y de Beccaria.

Lo más importante de todo este proceso histórico de transformación es que esa irracionalidad o ese carácter interesado de la ley se pretende corregir y racioanalizar con la aplicación del Derecho. Y exactamente igual, ese carácter indeterminado y esa textura abierta de la norma o de la ley también pretende concretarse y cerrarse con el Derecho, que como criterio objetivo se impone a la voluntad del juez evitando toda discrecionalidad.

Actualmente, pues, asistimos a un claro enfrentamiento y contraposición entre la ley por un lado y el Derecho por otro. La ley como manifestación interesada y particular o de grupo y el Derecho como manifestación de lo racional y de lo justo. Y en esta bilateralidad parece claro que nuestra Constitución está del lado del Derecho. Nuestra Constitución es manifestación más bien de ese Derecho que de la ley, y jerárquicamente es muy superior el Derecho a la ley. Se entiende que el Derecho es una realidad comple-

²⁵ H. L. A. HART, *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968. En la p. 159 nos dice que: «Cualquiera que sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una “textura abierta”».

ja que está formada principalmente por una serie de principios de justicia que pueden ser contrarios con lo dispuesto por la ley, como instrumento de voluntades particulares interesadas, y en ese caso deberán prevalecer esos principios, pues antes que la legalidad, se entiende que debe buscarse la justicia.

Nuestra Constitución, siguiendo esta línea de pensamiento, dispone en su artículo 103.1 que: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

Llama la atención, en primer lugar, la distinta fórmula utilizada con respecto al poder judicial y la utilizada con respecto a la Administración Pública. Pero en cualquier caso, al hablar de la actuación de la Administración Pública, ésta se somete a «la ley y al Derecho». No se sabe si son utilizados como dos conceptos que suman, por ser más o menos sinónimos. Que guardan una relación similar a la del todo con la parte, en cuanto que la ley siempre es Derecho pero no todo el Derecho. En este caso, ley y Derecho vienen unidos por una conjunción copulativa, pretendiendo con ello resaltar y dar un mayor realce a ese sometimiento, que no sólo es sometimiento a la parte sino también al todo. O por el contrario, son dos conceptos distintos en los que debe primar el concepto de Derecho, cuando se entienda que la ley es claramente injusta. En este segundo caso habría una clara desconfianza hacia la ley, porque se entienda que más que fruto de la racionalidad sería fruto de la voluntad interesada, o porque se entienda que, aun siendo justa en su generalidad, su aplicación concreta supondría un flagrante atentado a la justicia y a la equidad.

Todo ello en aras del Derecho, es decir, de la Constitución, pues al «consolidar la fuerza normativa de las constituciones como norma única, originaria, suprema e incondicionada, se ha pagado el precio de privar a la ley de tales caracteres. Lo que nuestros clásicos llamaron «ley» parece ser hoy, en nuestros Estados de Derecho, la Constitución. Lo que hace pocos años llamábamos «imperio de la ley» parece ser hoy, en nuestros Estados de Derecho, «el imperio de la Constitución». Y ello obliga a preguntarse: ¿Qué es la ley? ¿qué queda, si queda algo, del «imperio de la ley»? ²⁶.

²⁶ L. HIERRO, *Estado de Derecho. Problemas actuales*, Distribuciones Fontamara S. A., Mexico DF, 2001, p. 36.

Siguiendo nuestra línea de pensamiento parece que ambos conceptos «ley y Derecho» deben ser realidades que se refuerzan y complementan, pero que cuando no sea así deberá prevalecer siempre el Derecho sobre la ley.

Es curiosa la gran similitud del artículo 103.1 de nuestra Constitución con el artículo 20.3 de la Constitución alemana de Bonn, que describe el sometimiento de los poderes ejecutivo y judicial a la ley y al Derecho. En Alemania, por razones históricas evidentes, se parte de una clara desconfianza hacia la ley y se entienden «ley y Derecho» como conceptos y realidades que pueden ser distintas, y que, en caso de que lo sean, debe primar siempre el Derecho frente a la ley. Otto Bachof entiende que hay una «tendencia a considerar que las leyes no vinculan cuando hieren el sentimiento moral general y, consecuentemente, no se las puede considerar como expresión de la idea del Derecho»²⁷. Este doble sometimiento, sin duda alguna, se debe a la triste experiencia vivida durante el régimen nazi, y a un intento de superar aquel positivismo jurídico de tan infausto recuerdo, haciendo mención en el Derecho a valores muy relacionados o fronterizos con los defendidos por las corrientes iusnaturalistas.

El juez, en última instancia, vendría sometido al «imperio del Derecho»²⁸. Pero en qué consiste ese Derecho distinto de la ley. En nuestro caso parece que con ese «sometimiento pleno a la ley y al Derecho» no sólo se está haciendo referencia a un cierto nivel mayor o menor, total o parcial, del sometimiento –que en cualquier caso ha de ser pleno–, sino también a que, en primer lugar, el Derecho estaría formado, además de por leyes, por principios generales o constitucionales y por valores que están inspirando todo el ordenamiento jurídico, y, en segundo lugar, a que jerárquicamente es superior el Derecho a la ley, y, por lo tanto, en caso de antinomia entre la ley y esos principios o valores han de prevalecer siempre éstos en detrimento de aquélla.

El artículo 97 de la CE, cuando indica que el Gobierno: «... Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes», puede querer resaltar el valor superior de la Constitución como ley fundamental, pero también puede estar recalcando el

²⁷ O. BACHOF, *Jueces y Constitución*, cit., p. 21.

²⁸ Vid. O. BACHOF, *Jueces y Constitución*, ed. cit., sobre todo las pp. 49 y ss.

carácter jurídico –como Derecho– de todos aquellos principios y valores recogidos en la misma, y la superioridad de los mismos respecto de la ley.

Para algunos, lo dispuesto en el artículo 103.1, y, siguiendo el mismo razonamiento, creo que también lo recogido en el artículo 97, «pasa hoy por ser la más adecuada expresión constitucional del principio de legalidad entendido como principio de vinculación positiva a la ley y, por tanto, de la ley misma como única norma originaria, cualificada por su virtud en cuanto legalidad precedente»²⁹. Pero no cabe duda que el cambio en la concepción del Derecho ha sido sustancial, y que el principio de legalidad está exigiendo una nueva reformulación completamente distinta. Hoy día el principio de legalidad se entiende más que como sometimiento a la ley, como sometimiento a la Constitución en cuanto sinónimo del Derecho, al ser ésta la manifestación positiva de una serie de principios y valores que expresan la racionalidad y la justicia.

García de Enterría y Aurelio Menéndez, señalan que la «vinculación del juez a la ley no se vulnera ni se reduce por el empleo de los principios generales del Derecho en el proceso interpretativo, siempre que tales principios se utilicen por juristas expertos y se inserten en el sistema normativo como el aceite que facilita su funcionamiento y no como una alternativa o una excepción o una ruptura del mismo»³⁰.

Entiendo que García de Enterría y Aurelio Menéndez están hablando de los principios generales del Derecho en el proceso interpretativo, y en este sentido, y bien usados, es cierto que funcionan como el aceite que engrana todo el sistema normativo. No están hablando de los principios como polos opuestos de enfrentamiento, ruptura o alternativa a la ley.

Este tránsito de la ley al Derecho es un cambio muy importante y de consecuencias extremas. Implica que el Derecho pasa de la órbita de la voluntad a la de la racionalidad, de la órbita del legalismo a la órbita del judicialismo, de la órbita de la certeza a la órbita de la justicia, de la

²⁹ A. GARRORENA MORALES, *El lugar de la ley en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p. 79.

³⁰ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *El Derecho, la ley y el juez*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1997, p. 57. Y en la página anterior, en la 56, señalan que un sistema jurídico en el que primen los principios «es más riguroso y construido que otro que pretenda desconocerlos en aras de un culto formal riguroso a la ley y a su simple exégesis; es un sistema que no genera por sí sólo inseguridad alguna, que obliga a los jueces a una preparación más profunda y matizada, en el que la seguridad jurídica y la certeza no son, de ningún modo, menores que el que pueda resultar de un positivismo de estricta observancia».



órbita de la ley a la órbita de los principios y valores. Este cambio implica el tránsito de un Derecho en el que la técnica jugaba un papel importante, pues se pretendía que técnicamente estuviese bien hecho, y que fuese cierto, estricto, manifiesto, positivizado y publicado, a un Derecho abstracto, indeterminado, incierto, no manifiesto y, por tanto, técnicamente muy deficiente.

3. EL IMPERIO DE LOS PRINCIPIOS

Todo esto sigue siendo cierto, aunque desde la corriente principialista se diga que esos principios y valores que conforman el Derecho están publicados y positivizados porque vienen recogidos en la Constitución. Esto es lo mismo que decir que si el «Derecho Natural», en cuanto concepto vago y abstracto –sin especificar y concretar nada más–, está positivizado ya es Derecho positivo. En estos casos yo creo que más que positivizar se está naturalizando, es decir, se está convirtiendo al Derecho positivo en algo tan abstracto, tan vago y tan indeterminado como el Derecho Natural.

Precisamente cuando el profesor Peces-Barba³¹ señala que los valores superiores, que están en el ordenamiento jurídico encabezado por la Constitución, «están en la historia de la comunidad y en la historia de la cultura jurídica y política antes de 1978, y se configuran históricamente por las aportaciones de las generaciones sucesivas que acotan, precisan y enriquecen los conceptos de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, que no deben ser interpretados de manera abstracta, sino en la coyuntura política española de 1978 con su significado histórico concreto. Son moralidad crítica, que por la voluntad del legislador constituyente se convierten en Derecho positivo, al incorporarse a esa norma jurídica máxima que es el artículo 1 de la Constitución», creo que no está positivizando nada, sino que está convirtiendo el Derecho positivo en algo tan abstracto y confuso como el Derecho Natural.

³¹ G. PECES-BARBA, *Los Valores Superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 18. Precisamente este libro lo dedica a sus compañeros de la Ponencia Constitucional, donde, dice, se construyó el consenso sobre el Estado social y democrático de Derecho y sobre los valores superiores.

Pero qué son esos principios y valores. Ésta ha sido, y sigue siendo, una cuestión difícil y oscura, y, tal vez, «uno de los temas más profusamente discutidos en la teoría del Derecho de las dos últimas décadas»³², pero, sin embargo, y tal como hemos visto, en el siglo xx y desde el punto de vista constitucional, se ha convertido en una cuestión central en el mundo jurídico.

La reflexión sobre los principios jurídicos es una cuestión clásica en el pensamiento jurídico, que ha sido desarrollada por la mayor parte de la doctrina nacional y extranjera. Estos principios eran más bien entendidos como el esqueleto que articula todo ese plural y complejo conjunto o agregado de normas, y que tiene un papel interpretativo muy importante. Sin embargo, es a partir de los años noventa³³, cuando surge –con Esser, Dworkin, Zagrebelsky³⁴, etc.– toda una tendencia principialista, desde la cual se entiende al Derecho integrado por un conjunto de reglas, de principios o valores, de directrices, etc., que, como criterios objetivos y jerárquicamente superiores a las normas, rigen las conductas de los particulares, y a ellas también han de someterse las decisiones judiciales. Hoy día «vivimos una nueva edad de oro de los principios, tanto en el ambiente teórico de la filosofía del Derecho como en el mundo más limitado del Derecho español a partir de la Constitución de 1978»³⁵. Y más aún, estos principios o valores –a los que nos referíamos al principio de este trabajo– son jerárquicamente superiores a las normas o reglas, de tal manera que éstas están sometidas a ellos, y ellos

³² M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, «Sobre principios y reglas», *Doxa*, núm. 10, 1991, p. 101.

³³ J. ESSER en 1956 publica su libro titulado *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, trad. de E. Valenti Fiol, Barcelona, Bosch, 1961, (*Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrecht*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1956). R. DWORKIN publica su famoso artículo «El modelo de las reglas» en 1967 («The Model of Rules», *University of Chicago law Review*, núm. 35, 1967). Y G. ZAGREBELSKY saca a la luz su obra en 1992 (*il Diritto mitte. Logge diritti giustizia*, Giulio Einaudi editore, S.p.a., Torino, 1992).

³⁴ «A pesar de que la discusión sobre los principios jurídicos en la teoría del Derecho reciente tiene su origen en la obra de Dworkin y, en gran medida, sigue girando en torno a ella, lo cierto es que la reflexión sobre los principios jurídicos no ha faltado en la teoría del Derecho anterior a Dworkin, de lo que son buena muestra obras como la de Esser (1956), Del Vecchio (1958) o, entre nosotros, García de Enterría (1963)». J. RUIZ MANERO, «Principios Jurídicos», recogido en *El Derecho y la justicia*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2.ª ed., Madrid, 2000, pp. 150-151.

³⁵ L. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas: Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 17.



—los principios— se aplicarán en determinadas circunstancias aun en contra de lo dispuesto por las normas.

Como puede verse, estoy refiriéndome a los principios en el sentido con que Mark Van Hoecke utiliza la expresión «principios ideológicos» y no a lo que este mismo autor llama «principios estructurales». Los principios ideológicos no son el resultado de una inducción de las demás normas de un sistema jurídico, sino que se refieren a valores o creencias morales, políticas o a otras ideologías dominantes en un contexto cultural, mientras que los principios estructurales son una derivación del derecho escrito. Éstos (los estructurales) tienen mucho que ver con la interpretación analógica en orden a colmar lagunas del Derecho, y generalmente se utilizan *praeter legem*. Por el contrario, y siguiendo a este autor, los principios ideológicos son principios no jurídicos que los jueces transforman en jurídicos y son utilizados *contra legem*³⁶.

En este sentido, los principios son casi todo, pues ellos fundamentan todo el ordenamiento jurídico, sirven de criterio interpretativo y actúan como pauta última de decisión en todas aquellas circunstancias difíciles y aun en contra de la ley.

Veamos de manera muy sucinta el pensamiento de dos de los autores más representativos de esta corriente: Dworkin y Zagrebelsky.

Dworkin dirige toda su crítica contra el positivismo jurídico, que él personaliza en el pensamiento jurídico de Hart, y que lo denomina «modelo de reglas». Él mismo dice «me propongo llevar un ataque general contra el positivismo y, cuando sea necesario, dirigirlo contra un blanco en particular, usaré como tal la versión de H. L. A. Hart»³⁷.

Se trata de saber si el juez a la hora de resolver conflictos cuenta siempre y en todo caso —incluso en los llamados casos difíciles, cuando no hay norma o la norma aplicable parece totalmente injusta— con un Derecho objetivo, de tal manera que no tenga discrecionalidad alguna, sino que deba buscar y fundamentar siempre su decisión como la única respuesta objetiva y correcta en Derecho (tesis mantenida por R. Dworkin). O si, por el contrario, el juez en estos casos difíciles ha de acudir a criterios y consideraciones extrajurídicas como manifestación de una

³⁶ M. VAN HOECKE, «El uso de principios jurídicos no escritos por los tribunales», *Doxa*, núm. 19, 1996, pp. 421-433, especialmente las pp. 424 y 432.

³⁷ R. DWORKIN, *Los Derechos en serio*, ed. cit., p. 72. Véase también A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

discrecionalidad o de una potestad de creación del Derecho que está atribuida a los jueces (tesis mantenida por el positivismo de Hart).

Para Dworkin el Derecho es algo bastante más complejo de lo que nos pretende mostrar el positivismo desde su «modelo de reglas». El Derecho no se agota solamente en un conjunto de normas o de reglas, sino que está formado además por lo que nuestro autor llama «principios, directrices políticas y otros tipos de pautas». Dice Dworkin: «en la mayoría de los casos usaré el termino principio en sentido genérico para referirme a todo el conjunto de los estándares que no son normas; en ocasiones, sin embargo, seré más exacto y distinguiré entre principios y directrices políticas. Aunque ningún punto de mi presente argumentación dependerá de tal distinción, quiero enunciar cómo la establezco. Llamo «directriz» o «directriz política» al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo principio a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad»³⁸.

De esta forma, el juez, ante un determinado caso en el que no encontrase una norma aplicable o en el que la aplicación de la norma que lo regula supondría un atentado a los más elementales principios de sentido común, de lógica y de la propia justicia –como es el caso *Riggs vs. Palmer*, en el que el asesino pretende beneficiarse del testamento de la víctima–, acudiría a esos principios y de acuerdo con ellos resolvería de forma totalmente objetiva y nunca de forma discrecional o con carácter retroactivo, pues esos principios están establecidos con anterioridad.

Si el Derecho se agotase en un conjunto dado de normas positivas, tal como entiende el «modelo de reglas» del positivismo, entonces en todos aquellos casos en que no se encuentre en el Derecho previamente establecido ninguna respuesta al caso concreto sometido a consideración, o cuando la aplicación de la norma claramente establecida supon-

³⁸ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, ed. cit., p. 72.

ga algo injusto y sin sentido, el juez no tendría más remedio que resolver discrecionalmente, de forma antidemocrática y con carácter retroactivo.

En este caso, según Dworkin³⁹, el juez estaría, por un lado, usurpando la función de legislar, función que no le corresponde porque el pueblo no le ha elegido democráticamente para asumir tal responsabilidad, y, por otro, sería totalmente injusta, debido a su carácter retroactivo, ya que, en ese caso, «la parte perdedora sería castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino un deber nuevo creado después del hecho»⁴⁰.

En estos «casos difíciles» –siempre según Dworkin– los jueces legislan, pero lo hacen de forma totalmente subordinada al Derecho. «Se trata de un nivel de subordinación más profundo, porque hace que toda comprensión de lo que hacen los jueces en los casos difíciles dependa de una comprensión previa de lo que hacen continuamente los legisladores. Esta subordinación más profunda es, por ende, tanto conceptual como política»⁴¹. En esta búsqueda de la solución correcta de acuerdo con el Derecho, el juez cuenta con la teoría jurídico-interpretativa que él denomina «Derecho como integridad»⁴².

El juez debe resolver el caso de acuerdo con ese «Derecho como integridad». La acción del juez debe estar sometida al Derecho en ese «sentido pleno». No sólo a las normas, sino también a los principios de justicia y equidad que están vigentes en ese momento histórico y desde los cuales se han ido manifestando esas normas. Nunca la aplicación de una norma podrá ir en contra de esos principios de justicia y equidad.

Los legisladores respetarán siempre esa integridad y se cuidarán mucho de dictar leyes contrarias o no coherentes con ese punto de vista

³⁹ R. Dworkin manifiesta dos objeciones al poder creador de Derecho de los jueces: una que los jueces no son electos ni responsables ante el pueblo al modo como lo son los legisladores; y otra que cuando el juez legisla está aplicando retroactivamente la ley. Vid. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, ed. cit., pp. 150 y ss.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ R. DWORKIN, *op. cit.*, p. 147.

⁴² En este punto sigo muy de cerca lo expuesto por el profesor J. DELGADO PINTO en su trabajo «La noción de integridad en la teoría del Derecho de R. Dworkin: Análisis y valoración», *Derechos y Libertades*, núm. 11, año 2002, pp. 15-43.

moral. Exactamente igual, los jueces harán una aplicación de esas normas coherente y nunca contraria a esa moralidad.

En este sentido, «tenemos dos principios de integridad política: un principio legislativo, que pide que los legisladores traten de que todo el conjunto de leyes sea coherente desde el punto de vista moral, y un principio adjudicativo, que instruye que se considere el Derecho lo más coherentemente posible desde esa perspectiva»⁴³

El profesor Delgado Pinto, analizando el concepto de integridad en Dworkin, señala que «la integridad exige que, en la medida de lo posible, las normas por las que se rige la comunidad se formulen y se interpreten y apliquen de forma que se manifieste en ellas un esquema único y coherente de justicia y equidad... La integridad, por tanto, significa coherencia, pero coherencia de principio, coherencia respecto de los principios que subyacen a las normas e instituciones que se consideran vinculantes en la comunidad... De acuerdo con lo anteriormente expuesto, integridad significa coherencia respecto del esquema de principios desde el que se interpretan las normas y decisiones preexistentes»⁴⁴. Delgado Pinto se pregunta ¿de qué clase de principios se trata y cual es su naturaleza?, y termina contestando que, para Dworkin, sin duda alguna se trata de principios morales, principios que inciden en el ámbito de la moralidad política. Desde este nivel de integridad y, más en concreto, desde lo que Dworkin llama la integridad inclusiva el juez ha de decidir teniendo en cuenta todos los valores integrantes del mundo del Derecho, es decir, la justicia, la equidad en la proporción más adecuada⁴⁵.

Parece claro que el Derecho no es sólo un cuerpo de reglas establecidas positivamente a lo largo del tiempo, sino también un conjunto de directrices económicas o políticas, y sobre todo un conjunto de principios morales, que están en la base de todas esas reglas. Para descubrir esos principios es preciso desarrollar una teoría integral y omnicomprendensiva del Derecho que nos conduzca a la única solución correcta. Para llevar a cabo esta labor parece que se precisa, en primer lugar, de un conocimiento detallado de todas las normas que integran el Derecho de una comunidad, así como de

⁴³ R. DWORKIN, *El imperio de la justicia*, trad. de C. Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988, p. 132.

⁴⁴ J. DELGADO PINTO, *op. cit.*, pp. 20, 21 y 23.

⁴⁵ *Vid.* R. DWORKIN, *El imperio de la justicia*, cit.



sus conexiones e implicaciones, y de los complejos principios de moralidad política que las están sustentando, y, en segundo lugar, también se precisa de una serie de cualidades intelectivas sobrehumanas para poder discernir y argumentar en busca de esa solución correcta.

Para esa difícil tarea de proporciones ideales y sobrehumanas, Dworkin piensa también en una personificación teórica e ideal, en un juez imaginario y todopoderoso, es decir, piensa en Hércules. Pero este juez ideal con unas cualidades también ideales y sobrehumanas, no es pensado así porque se requieran esas cualidades para una función creadora del Derecho, es decir, porque su actividad tenga un carácter creativo del Derecho, sino que este juez ha de tener esas cualidades porque las necesita para poder descubrir la decisión correcta de acuerdo con un Derecho objetivo y fijado con anterioridad.

Para este autor el Derecho estaría formado por los principios de justicia y por las directrices económicas y políticas sentidos y defendidos desde la cultura moral del pueblo y por las reglas o normas dadas desde ese desarrollo cultural y en consonancia con esa cultura.

Esta es la postura mantenida, con pequeños matices, por todas las teorías principialistas, y en concreto por G. Zagrebelsky. Este autor nos habla de la clara distinción entre las Declaraciones de derechos americanas y la Declaración francesa de 1789. Las primeras serían preestatales, subjetivistas y jurisdiccionales, y la segunda sería más bien estatalista, objetivista y legalista.

La característica principal, según Zagrebelsky, de las Declaraciones americanas es mantener un Derecho previo al Derecho positivo –a la ley positiva– y que es el que fundamenta los derechos de la persona. En definitiva, dice, defienden «la fundamentación de los derechos en una esfera jurídica que precede al derecho que pueda establecer el legislador. Los derechos eran un patrimonio subjetivo existente por sí mismo que debía mantenerse inalterado y protegido de todas las posibles amenazas, primero de la externas provenientes del Parlamento inglés y luego de las internas que hubiesen podido nacer de un legislador omnipotente»⁴⁶.

En la Declaración francesa, y en general en todas las concepciones europeas, el poder legislativo siempre es visto como una fuerza originaria que emana directamente del soberano, se trate de un rey por derecho

⁴⁶ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 54.

divino, un cuerpo que personifica a la nación o una asamblea popular. Éste es el único origen de nuestros derechos, y en consecuencia éstos siempre serán posteriores en el tiempo.

En el primer caso, los derechos subjetivos –e igualmente los principios de justicia positivizados en la Constitución– son completamente independientes de la ley, es decir, son previos y supraordenados a ella. Por eso la ley y el poder siempre eran vistos como un peligro para el reconocimiento, el desarrollo y la defensa de esos derechos cuyo origen era anterior a la legislación. Ley y poder eran mirados con cierto recelo y se intentaba limitar su actuación desde la necesidad de proteger y garantizar ese núcleo de derechos que, en cualquier caso, debían ser irrenunciables y soberanos. Parece lógico que el juez no tenga ese sometimiento literal y lógico-deductivo a los preceptos legales, sino que tenga libertad para argumentar en orden a poder conseguir y consolidar esos derechos.

En el segundo caso, todas nuestras reivindicaciones y derechos los depositamos en la ley. La soberanía de la ley, el principio de legalidad, la ley como manifestación de la voluntad general, la racionalidad de la ley, etc., son principios y postulados que hacen ver la importancia de la ley como meta a alcanzar y como origen de todos nuestros derechos. La ley ya no es el peligro, sino que, tal como veíamos al principio de este trabajo, es la garantía y la protección de nuestros derechos, por eso el juez debe someterse a ella de forma total y avalorativa, sin ningún margen para la creación, para la interpretación o para la discrecionalidad.

Nuestro autor se sitúa mucho más en la línea de las posturas defendidas por las declaraciones americanas que por la Declaración francesa. Para él «si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios»⁴⁷. Parece claro el enfrentamiento ley-Derecho y parece clara también la similitud entre Derecho y Constitución. Para él los principios constitucionales son superiores a las reglas, y las exigencias de resolver equitativamente los casos concretos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Estos principios

⁴⁷ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 110.

son superiores y objetivos y como tales se imponen a la voluntad de los jueces que deben acatarlos.

Estoy de acuerdo con el profesor García Amado cuando señala que «este planteamiento presupone que los principios son objetivos y que su contenido es también objetivamente determinable. Habría que creer, dice, que frente a la indeterminación de la naturaleza del derecho legislativo, se cuenta con la determinación objetiva de los principios»⁴⁸. Estos principios subsanan la textura abierta de las normas y subsanan también su posible irracionalidad.

Pero esta determinación y objetividad principialista, capaz de fundamentar una única respuesta correcta a los distintos problemas, se concibe entendiendo al Derecho «como un sistema de valores que no puede ser fijado de antemano, al modo de los iusnaturalismos racionalistas, sino que tiene que reflejar las valoraciones sociales. Pero unas valoraciones que son cambiantes y plurales, porque cambiante y plural es el entramado social del que emanan»⁴⁹. Pues para Zagrebelsky⁵⁰ el contenido de los principios constitutivos del ordenamiento jurídico depende del contexto cultural del que forman parte.

Como señala la profesora Gascón Abellán: «Los contenidos de esos principios de justicia (sus concepciones) se corresponden con las valoraciones sociales de cada contexto histórico y se hacen presentes en el Derecho a través de dos vías: la legislativa y la judicial... El Derecho dúctil quiere conjugar así dos ideas tendencialmente contradictorias: el respeto al legislador y la posibilidad de que los jueces, al resolver los casos, se separen de la ley»⁵¹.

Esto es así entendiendo a la ley como un criterio de regulación dado desde la racionalidad y desde las exigencias mínimas de justicia. En este sentido da la impresión de que el juez cuando resuelve los casos en contra de lo dispuesto por la ley, lo está haciendo a favor de la

⁴⁸ J. A. GARCÍA AMADO, «¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a otros valores y principios», *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomos XIII-XIV, 1996-1997, p. 74.

⁴⁹ M. GASCÓN ABELLÁN, «Presentación: La concepción del Derecho en "Derecho dúctil"», *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomos XIII-XIV, 1996-1997, p. 18.

⁵⁰ Vid. G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, principalmente la p. 124.

⁵¹ M. GASCÓN ABELLÁN, *op. cit.*, p. 19.

misma, ya que la ley está, dada para circunstancias normales, y, sin embargo, hay circunstancias en las que el más elemental sentido común nos dice que el legislador cuando dictó la ley no la dictó para esas circunstancias, circunstancias para las que hubiera legislado de forma contraria o por lo menos diferente, todo ello en base a una serie de principios o valores.

Disolver el Derecho en una serie de principios o valores sociales propios de cada momento histórico, da la impresión de que es mezclar la esfera jurídica y la esfera moral, y que es situar el Derecho en un campo tan abstracto e indeterminado como pudiera ser el campo de un Derecho Natural, por mucho que se pretenda calificar de histórico. En este sentido Dworkin sostiene «que algunas normas llamadas principios forman parte del Derecho porque son justas, aun cuando ningún legislador o juez las haya tenido en cuenta, incluso aun cuando la comunidad social las haya ignorado hasta el presente»⁵²

Sin embargo, para estos autores, estos principios de libertad, justicia, seguridad, igualdad, pluralismo político, etc., no son principios de Derecho Natural, fijados en base a la razón o a la naturaleza y con carácter universal y ahistórico, «sino que constituyen el mayor rasgo de orgullo del Derecho positivo. Su contenido se concibe apriorísticamente como objetivo, pero se trata de una objetividad que depende del contexto cultural del que forman parte, y, lejos de lo que podría esperarse en aras de la unidad (y derivadamente de la certeza), ese contexto cultural no proporciona a los principios un significado unívoco y estable»⁵³. En definitiva, y como antes señalábamos, se entiende que el Derecho Natural pierde su abstracción, su vaguedad y su imprecisión por el mero hecho de venir recogido por el Derecho positivo, es decir de venir recogido en la Constitución, y que por ese mismo motivo pasan a tener un contenido objetivo.

En todo caso, estos principios en cuanto realidades objetivas positivizadas son distintos de las normas, y a diferenciar ambas realidades han dedicado sus esfuerzos casi todos los autores que han analizado estos temas, aunque bien es cierto que la mayor parte de los criterios diferenciadores que se han dado, por no decir todos, no son criterios absolutos,

⁵² L. PRIETO SANCHÍS, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, p. 198.

⁵³ M. GASCÓN ABELLÁN, *op. cit.*, pp. 22-23.

sino criterios relativos, en cuanto todos ellos tienen cantidad de excepciones que también se han puesto de manifiesto. E incluso ha habido autores, como Prieto Sanchís⁵⁴ que ponen de manifiesto que «será imposible delimitar determinada peculiaridad que pertenezca exclusivamente a un tipo de disposición, pues, si así fuera, deberíamos hablar de una separación lógica o estricta. Sin embargo, como hemos procurado mostrar, dicha separación es difícilmente sostenible, salvo que entendamos que normas y principios son tan sólo dos modos de llamar a técnicas o modelos de argumentación diferentes, lo que, paradójicamente conduce al final a negar cualquier atisbo de distinción previa al proceso hermenéutico».

Pero en cualquier caso, y en orden a diferenciar principios y normas, se ha venido diciendo que los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, constitutivo de todo el orden jurídico, mientras que las reglas se agotan en sí mismas sin ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas prescriben. Por eso las normas son aplicables a la manera disyuntiva, mientras que los principios son más bien razones para decidir. Se ha dicho también que a las reglas se las obedece, y por eso es conveniente que estén determinadas con precisión, mientras que a los principios no se les puede obedecer de forma singular y concreta, sino que más bien se les presta adhesión, y por eso lo que importa es la comprensión del mundo de los valores y de las grandes opciones de cultura de las que esos principios son manifestación. Que las reglas son directrices que nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, frente a los principios que no nos dicen nada, pero nos proporcionan criterio para tomar posición ante situaciones que *a priori* aparecen indeterminadas. Que los principios configuran el caso, o el supuesto de hecho, de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Por lo tanto, las reglas y sólo las reglas pueden ser observadas y aplicadas mecánicamente y pasivamente, mediante el silogismo judicial y la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto de hecho abstracto. La aplicación de los principios es completamente distinta y exige tomar posición ante la realidad desde una concepción cultural y valorati-

⁵⁴ L. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas*, ed. cit., pp. 56-57. Para este autor «los principios son una especie de normas o, cuando menos, los principios son sencillamente normas en cuanto desempeñan alguna función o se ponen al servicio de alguna técnica de argumentación», p. 50.

va determinada ⁵⁵. Por último, también se ha dicho que sólo a las reglas les es aplicable la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje emitido por el legislador. En los principios no hay nada que interpretar, su significado lingüístico es autoevidente, y no hay nada que deba ser sacado a la luz interpretando las palabras.

Parece, pues, que los distintos criterios de distinción entre normas y principios se han formulado en distintos ámbitos y desde niveles también distintos. Guastini ⁵⁶ distingue hasta cinco planos o dimensiones distintos que han sido utilizados para establecer una clara distinción entre normas y principios: por su formulación, por el contenido, por la estructura, por la posición que ocupan en el ordenamiento jurídico y por el papel que cumplen en el razonamiento y en la interpretación del Derecho.

Por su formulación: Para algunos autores, tal vez la mayoría, los principios vienen formulados en un lenguaje que tiene un mayor grado de abstracción, de indeterminación y de vaguedad. No obstante, Zagrebelsky entiende que la formulación de los principios es tan clara que llega a la autoevidencia y que por eso no requiere interpretación alguna.

Por su contenido: Entienden algunos que los principios se distinguen de las normas por su generalidad, y hasta hay quien piensa (Zagrebelsky) que los principios no dirigen los comportamientos, sino que desde su generalidad dirigen las actitudes.

Por su estructura: Los principios no son reconducibles al esquema lógico si H. debe ser P., porque, como ya hemos señalado con anterioridad, carecen de un supuesto de hecho cerrado.

Por la posición que ocupan en el ordenamiento jurídico: Para unos los principios son normas fundamentales y constitutivas de las demás normas, y, además, estos principios caracterizan la identidad material del ordenamiento de forma que si alteramos esos principios abandonamos ese ordenamiento.

Por el papel que cumplen en la interpretación: Hemos señalado que los principios no admiten interpretación alguna, pues se presentan con la

⁵⁵ Vid. G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., especialmente las pp. 110 y 111. Vid. también a R. DWORKIN, *Los Derechos en Serio*, cit., especialmente las pp. 75 a 77. Y finalmente vid. M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, «Sobre principios y reglas», *Doxa*, núm. 10, especialmente las pp. 105 y ss.

⁵⁶ R. GUASTINI «Derecho Dúctil, Derecho incierto», *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XIII-XIV, 1996-1997, pp. 111 a 125, en concreto véanse las pp. 117 y 118.



claridad propia de la evidencia. Sin embargo, los principios sí orientan la interpretación del resto de las normas, y si en determinados casos se plantean conflictos entre los distintos principios los resolveremos con la técnica de la ponderación.

Todos estos posibles criterios de distinción son criterios no absolutos sino más bien relativos. Parece que puede mantenerse, con cierto grado de generalidad, la afirmación de que los principios tienen un grado de abstracción, de indeterminación y de vaguedad superior a las normas. Así, también parece defendible que los principios tienen un grado mayor de generalidad y que tienen un carácter constitutivo, y, como consecuencia de todo ello, sobre todo de su abstracción y vaguedad, también parece defendible que no precisan interpretación, sino más bien ponderación.

Pero, en cualquier caso, «no parece posible mantener una distinción lógica o cualitativa entre reglas y principios, sino tan sólo una distinción relativa por lo demás insegura. Ciertamente, cabe construir idealmente escalas graduales cuyos extremos estuvieran representados por lo más accesorio frente a lo más fundamental, por lo más particular frente a lo más general, por lo más preciso frente a lo más vago, y así sucesivamente, y tal vez aceptar también que los principios son un género de normas que tienden a situarse más cerca de los extremos citados en segundo lugar»⁵⁷.

La creciente presencia de principios como realidades con un contenido material, objetivo y jerárquicamente superior a las normas, sin duda alguna, puede entenderse como un cierto acercamiento del Derecho, tildado por Kelsen como un sistema dinámico, a los sistemas estáticos propios de la Moral. Hoy día no tenemos un concepto formal del Derecho al estilo positivista, que define el Derecho como «técnica coactiva utilizada por el soberano con la intención de influir en la conducta de los demás», sino que es un criterio directivo con un contenido objetivo y material. En consecuencia con todo lo que acabamos de decir, se acabaron las lagunas, las antinomias, la discrecionalidad interpretativa. El Derecho, con los principios a la cabeza, resuelve toda problemática posible, y el juez es un fiel servidor del Derecho distinto de la ley.

⁵⁷ L. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas*, ed. cit., p. 63.

4. LA CRISIS DE LOS PRINCIPIOS

Sin embargo todo esto choca con la pluralidad de doctrinas diferentes y contrarias acerca de estos principios. Por eso ese aparente ontologismo principialista comienza a tambalearse desde postulados también defendidos por estas corrientes neoconstitucionalistas. Y tal vez por eso, esos principios y valores recogidos en la Constitución pasan a ser casi nada o, mejor dicho, nada. Y precisamente por ello fue posible ese necesario consenso para aprobar la Constitución. Y porque además se mueven en un mundo tan abstracto y tan vago que resultan ser entidades totalmente formales y vacías. Por eso de cara a su concreción y aplicación, los contenidos objetivos de esos principios nada son y nada significan sin una voluntad que discrecionalmente determine esos contenidos.

En definitiva estos principios son oscuros, impenetrables, vacíos, y en consecuencia parece que no existen o son conceptos puramente metafísicos ⁵⁸.

Todo esto desemboca en una discrecionalidad enorme, donde el juez, desde su cultura, desde su plexo valorativo y desde sus condicionamientos biológicos, sentimentales y psicológicos, procura buscar la solución más razonable y más justa a los distintos conflictos. Por eso el único asidero de objetividad, de racionalidad y de rectitud de las decisiones sea la motivación, tal como viene recogida en el artículo 120.3 de nuestra Constitución, mediante ella se pondrán de manifiesto y justificarán las opciones valorativas presentes en las sentencias.

Con este planteamiento hemos perdido todos aquellos valores que entendíamos consustanciales con el Derecho, y que, de alguna manera, justificaban la existencia del mismo y su obediencia, en definitiva hemos perdido la razón de ser del Derecho y caemos en manos de la voluntad decisoria. Así lo entiende la profesora Marina Gascón, para quien esta «falta de certeza da al traste con valores a los que el Derecho no debería renunciar, como la previsibilidad, la imparcialidad, la seguridad, la igualdad en la aplicación de la ley y el carácter no arbitrario de la actuación judicial. Valores que en el otro paradigma venían al menos mínimamente garantizados a través del principio de legalidad, que actuaba como dique de contención inter-

⁵⁸ Vid. HERNÁNDEZ MARÍN, *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*, Tecnos, Madrid, 1986. Vid. también G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giufre, Milano, 1980.



pretativa, y que en éste se encuentran desamparados si no se asienta firmemente la exigencia de la motivación»⁵⁹.

Hemos caído en manos de los jueces que, guiados por el modelo de la búsqueda de la equidad, buscan la difícil justicia del caso particular, sin ningún criterio objetivo que les guíe en esa búsqueda y que sea distinto de su propia racionalidad práctica, de sus principios, de sus valores, de sus instintos y sentimientos, etc. Pero «en democracia, la legitimidad la tiene el pueblo, cuya expresión normativa es la ley. Por ello, es difícil aceptar que los jueces (desvinculados de la ley) ostenten un poder paralelo al del legislador. Es verdad que, a diferencia del Estado liberal de Derecho, en el Estado constitucional es la Constitución, y no la ley, la norma que representa la expresión más directa de la soberanía popular, y por tanto la validez de la ley viene ahora sometida a un Derecho más alto»⁶⁰. Y ese Derecho más alto es el Derecho recogido en la Constitución. Pero también es cierto que cuando la Constitución se diluye en el campo de los principios y de los valores, se convierte en algo totalmente vacío, que tiene que ser llenado con la voluntad decisoria de los jueces.

Yo creo que el pueblo español cuando dice que quiere vivir en un mundo de libertad, justicia e igualdad, y que quiere proteger y respetar los derechos fundamentales, lo manifiesta con un grado de consenso muy amplio, yo diría que total entre personas normales, y con este alto consenso está diciendo algo en un ámbito puramente teórico. Y en este ámbito está diciendo que quiere lo justo, que quiere lo bueno, que quiere la defensa y garantía de la libertad, de la igualdad, etc. Pero no nos está diciendo absolutamente nada de cuáles han de ser los criterios de racionalidad y de justicia en unas circunstancias concretas dentro de nuestro mundo práctico. Por eso, en el plano práctico de actuación, los contenidos de estos principios nada son ni nada significan sin la concreción que de los mismos llevan a cabo legislador y jueces.

Si esa certeza y objetividad no existen en absoluto en el plano práctico, y por lo tanto no pueden estar definidas unívocamente en el propio texto constitucional, ni pueden ser visibles con la misma claridad para el legislador y para los jueces, tendremos que tales principios de justicia no serán más que aquello que de ellos haga el juez o el tribunal.

⁵⁹ M. GASCÓN ABELLÁN, *op. cit.*, p. 37.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 32.

Identificar el Derecho con la idea o el concepto de justicia es confundir Derecho y moral. A lo largo de la historia ésta ha sido una tesis defendida por el iusnaturalismo, y también sería una variante del iusnaturalismo identificar la justicia con la Constitución (tesis con la que se muestra indulgente Zagrebelsky). La Constitución aparece como una especie de Derecho Natural vigente: intrínsecamente justo, merecedor de obediencia e inmodificable. Y es que efectivamente hay una «vis atractiva» entre el Derecho Natural y todas las corrientes principialistas que suelen invocar esos principios jurídicos como prueba de un Derecho por encima de las leyes ⁶¹.

Lo más importante es que «el juez está obligado, por razón de su cargo, a separarse conscientemente de un precepto legal, cuando aquel precepto se halla de tal suerte en contradicción con el sentimiento moral de la generalidad que, si se mantuviere, correría mucho más peligro la autoridad del Derecho y de la ley que por la inobservancia de dicho precepto» ⁶². Pero lo que no se puede decir es que el juez que obra así está obrando de forma subjetiva y también objetivamente correcta.

Lo cierto es que estamos ante una judicialización importante del Derecho. Como indica el famoso profesor Ernest Forsthoff, «hoy es el propio juez quien decide, apoyándose en el derecho, sobre cuando está él mismo sujeto a la ley y cuándo deja de estarlo» ⁶³. Y siguiendo esta vía, llegaremos a defender una postura muy cercana a la defendida por el realismo conductista, en el sentido de entender que el Derecho vigente es aquél que es aplicado por los tribunales.

Efectivamente, entre la postura realista que pretende encontrar el Derecho en una larga cadena de fallos judiciales y el ideal de quienes defienden que el juez encuentra siempre criterios objetivos en los que fundamentar sus decisiones, yo creo que hay un término medio.

5. REFLEXIÓN PERSONAL

Yo creo que las normas son criterios que gozan de un grado de objetividad importante. Que son criterios técnicamente bien hechos, y

⁶¹ Vid. L. PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, sobre todo las pp. 67-68.

⁶² L. PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, p. 107.

⁶³ Recogido por O. BACHOF en su obra *Jueces y Constitución*, cit., 3 p. 16.



que son concretos, claros, ciertos y seguros. Pero que a medida que nos vamos alejando de ese nivel de certeza y nos vamos adentrando –lo que se puede hacer de forma gradual– hacia ese nivel de abstracción, de indeterminación y de vaguedad, esas normas en cuanto criterios de regulación van perdiendo toda esa objetividad y claridad y vamos cayendo en manos de la discrecionalidad judicial. Y el extremo más lejano de esa objetividad y claridad son los principios, que es donde se da rienda suelta a la discrecionalidad judicial, por mucho que esto no se quiera admitir o se pretenda disfrazar.

Así las cosas no es de extrañar que los principios tengan hoy una imagen bastante negativa. Y por eso mismo tampoco es de extrañar que unos los califiquen de oscuros, otros de impenetrables, otros de vacíos, y finalmente algunos, como el profesor Hernández Marín, lleguen a negar su misma existencia ⁶⁴.

Lo que ha quedado patente es que no se sabe lo que son esos principios, que se mueven en un alto nivel de abstracción, de vaguedad e in concreción, y que sus diferencias –por lo menos las que se han fijado hasta el momento– con las reglas o con las normas son todas diferencias de grado, pero ninguno de los criterios diferenciadores es un criterio claro, seguro y total, entre otras cosas porque no se sabe de forma clara y segura lo que son esos principios.

Yo creo que la razón de todo este confusionismo está en situar a los principios y a las reglas en la relación de lo fundamental a lo fundamentado, y de lo general a lo particular, es decir, en una relación de deductivismo o inductivismo ⁶⁵. Según esto, los principios mantienen respecto de las reglas la misma relación de lo más general a lo menos general, siendo el límite, por el lado de lo singular, el caso particular, y por el lado de lo general el principio en cuanto axioma indiscutible. En esta

⁶⁴ R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*, cit.; vid. también a Luis Prieto Sanchís en *Sobre Principios y Normas*, ed. cit., p. 20, donde señala varios autores y corrientes contrarias a los principios.

⁶⁵ Estoy de acuerdo con R. Hernández Marín cuando señala que la primera crítica que se le puede hacer a los principios jurídicos es que «una golondrina no hace verano, que de un conjunto de entidades proposicionales particulares no es deducible una entidad proposicional general de la cual se deduzcan esas entidades proposicionales particulares y otras entidades proposicionales particulares distintas»... Para este autor «pensar que, además de las disposiciones legales particulares, existen principios jurídicos abstractos que inspiran o se realizan en esas disposiciones es como pensar que, además de los animales (o plantas) particulares, existe un animal (o planta) abstracto que inspira o se realiza en aquéllos», en *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*, cit., p. 311.

relación, parece que lo particular se va deduciendo de lo general conforme a un rigor lógico deductivo ya expuesto por Aristóteles. Según Aristóteles la unidad de una doctrina se funda en la unidad de axiomas o de principios que proceden de una intuición intelectual que no es ciencia, este sistema de axiomas daría lugar a proposiciones conclusivas. La razón no aparece a escala de un principio, porque de un principio nada se puede deducir sino su propia reiteración, la razón comienza a actuar en el discurso práctico. Por eso no tiene sentido partir de la idea de ciencia en un sentido antiguo o aristotélico, es decir, como un saber que partiendo de unos primeros principios o axiomas es capaz de deducir toda una serie de proposiciones ordenadas sistemáticamente.

Gustavo Bueno nos dice que «la distinción entre principios y reglas no puede reexponerse meramente a partir de la oposición entre lo general y su aplicación (o *progressus*) a lo particular; o bien, a partir de la oposición entre lo particular dado y su regreso a los principios generales»⁶⁶.

La relación existente entre principios y reglas –relación y distinción que está presente en todos los campos del saber– es más bien la que existe entre lo especulativo y lo práctico. De ahí que, dado el carácter abstracto de los principios, es posible que exista coincidencia en los principios y discrepancia en las reglas o en las conclusiones, o a la inversa es posible coincidir en reglas o juicios prudenciales y discrepar de forma radical en los principios. La relación entre los principios y las reglas (o consecuencias prácticas) no es lineal sino más bien circular y dialéctica, los principios lo son en función o en virtud de las consecuencias prácticas a través de su alianza con otros principios.

Yo comparto totalmente el criterio expuesto por G. Bueno al afirmar que el único criterio absoluto de diferenciación entre principios y reglas es precisamente que los principios no tienen excepciones, mientras que las reglas sí tienen excepciones, y además estas excepciones suponen la confirmación de esas reglas. El hecho de que los principios no tengan excepciones se debe sin duda a su carácter teórico y abstracto. «Lo que se considera como una excepción a los principios no sería tal sino, más bien, el resultado de la composición, en una coyuntura deter-

⁶⁶ G. BUENO, «Principios y reglas generales de una Bioética materialista», en la revista *El Basilisco*, 2.ª época, núm. 25, pp. 61-72, en concreto la p. 65.



minada, de un principio con otros (no cabe conceptualizar a una masa que asciende hacia las nubes –un cohete, un avión, una piedra– como una excepción a la ley de la gravedad, según la cual todos los cuerpos pesados tienden a descender hacia el centro de la tierra; ni cabe considerar una excepción al principio de la inercia, al planeta que describe una órbita elíptica). Las reglas, en cambio, tienen excepciones, porque las alternativas sobre las que ellas deciden no suelen ser disyuntivas, ni claras ni distintas, y caben coyunturas límites»⁶⁷.

Éste es el único criterio diferenciador. Todos los demás como la indeterminación, la inconcreción, la vaguedad, etc., son notas que también pueden tener, en mayor o menor grado, las normas, y que los principios tienen en un grado sumo por estar situados en un plano puramente teórico y no práctico.

El punto de partida en el razonar práctico no está en los principios, como muchas veces se piensa, sino en las reglas o los juicios prácticos que ya poseen su propia fuerza como argumentos de razón. La racionalidad no es algo externo a las reglas, y como las reglas van referidas a contextos pragmáticos, es lógico que la razón comience a actuar en el discurso entre distintos cursos de acción. Las normas implican por sí mismas el ejercicio de la razón consistente en la confrontación o comparación de rutinas diferentes mediante el discurso como cálculo de consecuencias, para así poder llegar a una rutina victoriosa. Por lo tanto, tendremos que reconocer que la norma implica ya, por sí misma, el ejercicio de la razón, consistente en la confrontación o comparación de rutinas diferentes mediante el discurso en cuanto cálculo de consecuencias. Y que, al final, las normas son rutinas victoriosas para una determinada acción, insertas o basadas en razones para la acción.

Las normas son consecuencias del ejercicio de la razón, y estas consecuencias son criterios prácticos de la acción, para encauzar de una determinada manera la conducta. Estas normas son siempre algo indeterminadas, algo imprecisas y algo borrosas, pues están fijadas, dentro de unos niveles de racionalidad, pero siempre de forma apriorística, es decir, con anterioridad a la realización del supuesto de hecho al que, en principio, pretenden regular. Por eso una de las notas clásicas de las normas jurídicas es «la generalidad».

⁶⁷ G. BUENO, *op. cit.*, p. 68.

Todos esos grados de imprecisión, y toda esa textura abierta debe ser cerrada una vez que se conozca, se interprete y se valore el supuesto de hecho. Y esto debe ser hecho por el juez con un pequeño grado de discrecionalidad, pero dentro de la racionalidad. Ese grado de imprecisión y ese grado discrecionalidad parecen normales, pero cuando vamos avanzando hacia el extremo absoluto de la abstracción y de la imprecisión, que es donde se encuentran los principios como algo teórico, de los cuales no se puede deducir absolutamente nada, salvo su propia reiteración, la discrecionalidad del juez es también total y absoluta. Pretender fijar el Derecho en los principios y valores, y pretender que ese Derecho sea superior a las normas supone diluir el Derecho en la voluntad del juez, y echar por tierra todos aquellos valores que justificaban y fundamentaban la existencia del Derecho y a los que hemos hecho referencia al principio de este trabajo.

A modo de conclusión hay que señalar que entre normas y principios o valores hay un largo recorrido. El criterio identificador y demarcador de lo jurídico hay que situarlo en las normas, técnicamente bien hechas, con una racionalidad práctica, con un supuesto de hecho muy cerrado, y donde juega un papel esencial el elemento volitivo e imperativo.

A medida que nos vamos alejando de este extremo, vamos abandonando –de forma gradual– el mundo jurídico y adentrándonos, cada vez más, en un mundo de moralidad, en un mundo prelegal, prenormativo, cada vez más abstracto, más teórico, más cercano a la «idea», y más alejado de todo tipo de objetividad y de materialidad.

Ascendiendo en esta escala, después de la norma concreta, comienzan a entrar en juego los principios jurídicos. No sólo porque la norma sea defectuosa, sino porque su aplicación al caso concreto pueda atentar a las reglas más elementales de la lógica o del sentido común. Me estoy refiriendo a la lógica y al sentido común de ese sistema jurídico que es el que proporciona estos principios.

Estos principios seguirán actuando como auténticas normas, con un grado mayor de abstracción, pero con un grado de materialidad que los hace capaces todavía de tener excepciones que los fortalecen y confirman.

Estos principios no son jurídicos porque sean criterios basados en una racionalidad práctica, sino, sobre todo, porque, a la vista del sistema normativo, parece que «necesariamente» serían queridos y mandados por ese legislador.

Avanzando en esa escala –siempre de forma gradual– llegaríamos al otro extremo. Al extremo de los principios o mejor de los valores ⁶⁸ más teóricos, más abstractos, más vacíos, más evidentes, sin contenido alguno objetivo y material, y en consecuencia sin capacidad de ser excepcionados. De ellos no se deduciría absolutamente nada, y por tanto no tendrían capacidad para servir de criterio para nada y para nadie.

Hablar de un Derecho ideal, y entender que éste se complementa, en el marco de la vida social, con el Derecho positivo ⁶⁹, me parece una forma de desvirtuar por completo el Derecho y su papel en la sociedad.

En base a todo lo dicho, yo mantendría en cuanto a la separación entre principios y normas, por un lado, y refiriéndome a lo que yo he llamado principios jurídicos, una tesis débil o de grado, en cuanto que, como indica R. Alexy, «tanto las reglas como los principios pueden concebirse como normas. En tal caso, de lo que se trata es de una distinción dentro de la clase de normas. Los criterios de distinción que se ofrecen son numerosos y de diverso tipo» ⁷⁰. Y por otro lado, defendería una tesis fuerte, es decir, una diferencia de tipo cualitativo entre las normas –y también los principios jurídicos– y lo que yo he denominado los valores.

También creo que la idea de entender a los principios como «mandatos de optimización» ⁷¹ encaja perfectamente con esta idea gradual y escalonada y con la distinción entre principios y valores.

De acuerdo con esta nueva perspectiva que proponemos, la caracterización de los valores superiores recogidos en el artículo 1.1 (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político) de nuestra Constitución sería muy distinta a la indicada por el profesor Peces-Barba ⁷².

⁶⁸ Sé que en la doctrina no se han hecho diferencias claras entre los principios y los valores, sin embargo yo utilizaría el término «valor» para señalar este extremo más ideal y menos material. Creo que Robert Alexy, cuando indica que los «principios y los valores son por tanto lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto deontológico, y en otro caso bajo un aspecto axiológico», está circunscribiendo los principios a un plano práctico y los valores a un plano teórico. En definitiva, se puede entender en la línea de lo que yo acabo de indicar (R. ALEXY, «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa*, núm. 5, pp. 139-151, en concreto la p. 145).

⁶⁹ Tal como se lo plantea A. Ollero, citando a B. Castro Cid. Vid. A. OLLERO, *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, sobre todo la p. 28.

⁷⁰ R. ALEXY, *op. cit.*, p. 140.

⁷¹ A ella hace referencia R. ALEXY, *vid.* su obra *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, especialmente la p. 86.

⁷² G. PECES BARBA, *Los Valores Superiores*, cit., pp. 41 y ss.

Primero, dice Peces-Barba, los valores superiores tienen carácter normativo, y en consecuencia son obligatorios para todos los destinatarios de las normas, sobre todo para los operadores jurídicos. Yo creo que esos valores son nociones teóricas que no dicen absolutamente nada, y precisamente por eso nunca podrán tener excepciones, y en consecuencia nunca podrán ser discutidas. Si carecen de todo tipo de racionalidad práctica no tiene sentido que obliguen a los operadores jurídicos. Decir que esos valores son normas es en definitiva entregar el Derecho en manos de la voluntad de quien decide.

En segundo lugar, señala que son los ideales que una comunidad elige como máximos objetivos a desarrollar y que son expresión de la moralidad mayoritariamente aceptada en el ámbito cultural. Yo creo que esto supone no ya una relación, sino una mezcla y confusión preocupante entre la esfera del Derecho y la esfera de la Moral. Sitúa al Derecho en un campo incierto e inseguro, por mucho que se pretenda decir que es la moralidad mayoritariamente aceptada en el ámbito cultural. Estos ideales son evidentes, pero la forma práctica de realizarlos y conseguirlos puede ser muy diferente para cada uno. Las normas hay que situarlas dentro del enfrentamiento entre valores e intereses en las distintas circunstancias que la vida práctica plantea y es resultado del ejercicio de la racionalidad el optar y escoger, entre las distintas rutinas, la rutina victoriosa, es decir, la norma jurídica.

En tercer lugar, dice también, que estos valores no se agotan en el aspecto normativo o positivizado, sino que siguen existiendo como dimensiones de esa moralidad con una función crítica. Yo personalmente no soy capaz de distinguir entre el aspecto positivizado y el aspecto de moral crítica. Si son la moralidad del contexto cultural debidamente positivizada, no entiendo cuál sería la moralidad crítica con ese Derecho.

En cuarto lugar, defiende que esos valores tienen un fundamento racional e histórico representado por el consenso del constituyente y ratificado en referéndum. En mi opinión el consenso es fácil obtenerlo a ese nivel teórico y de videncia. La racionalidad sólo se desarrolla, como ya hemos señalado, en el ámbito práctico y material.

En quinto lugar, indica que esos valores son la perspectiva ético-jurídica del Estado social y democrático de Derecho. Yo creo que el valor o el principio de la justicia puede ser el estandarte y la perspectiva de cualquier sistema jurídico-político y no sólo del democrático y social. Lo importante será ver cómo se concreta en el mundo práctico esa justicia teórica.



En sexto lugar, entiende que al introducir elementos materiales sirven de guía para la interpretación y desarrollo del ordenamiento. A mi modo de ver, los elementos materiales solamente se pueden introducir a nivel de la racionalidad práctica y estos valores o principios están en una dimensión puramente teórica.

En séptimo lugar, dice que en la propia Constitución se hace una interpretación de esos valores superiores que el juez y el legislador no podrán cambiar. Sinceramente pienso que esos valores no admiten ningún tipo de interpretación, la interpretación es propia de la racionalidad práctica y no de los valores o principios puramente teóricos. La interpretación es negada por la mayoría de los autores que mantienen en el campo de los principios la ponderación.

En octavo lugar, habla del lugar primordial que ocupa el artículo 1.1 dentro de la Constitución. Pienso que es cierto que el artículo se sitúa en un nivel de abstracción máximo, pero eso no quiere decir nada, pues de ese artículo no se puede deducir absolutamente nada salvo su propia reiteración.

Por último, dice el profesor Peces-Barba, los valores superiores son punto central en los razonamientos del Tribunal Constitucional. Yo creo que el Tribunal no se siente, en estos casos, sometido a ningún criterio objetivo y material, sino que es él el que llena de contenido y de objetividad práctica esos principios vacíos y teóricos.

